Lima, Diciembre de 2007 – Año 6
Revista de actualidad jurídica

www.enfoquederecho.com

enfoque DERECHO 67



unapublicacióndethemis

SMART™ Board™
Technologies.Inc.



La pizarra interactiva SMART Board™ convierte cualquier computador y proyector en una potente herramienta de enseñanza, colaboración y presentación. Cuando proyecta la imagen del computador en la pizarra interactiva, solo tiene que presionar en su superficie sensible al tacto para acceder a cualquier aplicación del computador y trabajar con ella Realice anotaciones utilizando los plumones SMART (sin pilas ni baterías) o utilizando su dedo directamente sobre la superficie de la pizarra, guardando la información en el computador.

SMART Board™
www.smarttech.com

SMART

Educator Resources

Maximize your SMART classroom with lesson activities, free software, professional development programs and more.

Top Technologies

Representante Exclusivo

Telef.: 446.9930
www.smartboard.com.pe
www.smarttech.com
Email: contacto@toptechnologies.com.pe

ÍNDICE

enfoque derecho 67

Sugerencias y comentarios
enfoque@revistathemis.com
www.enfoquederecho.com

En la Mira

Cuando se come otorongo

El Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), ejerciendo una de las atribuciones establecidas por la Constitución Política del Perú, ha decidido aplicar la sanción de destitución a tres vocales superiores por sus actuaciones como miembros de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima en el caso seguido bajo el expediente Nº 2924-2005. Es el caso de los señores Ángel Romero Díaz, Néstor Pomareda Chávez-Beccya e Ica Rodríguez Rodríguez. Dichos vocales decidieron revocar la sentencia del Juzgado que había considerado improcedente la demanda de amparo interpuesta por 34 ex trabajadores del Banco Central de Reserva, y en consecuencia, la declararon fundada ordenando que se reponga a los demandantes en sus puestos de trabajo así como que se proceda al cálculo actuarial correspondiente a todos los años en los que no laboraron.

La sentencia emitida por los tres vocales contiene una serie de irregularidades que fueron denunciadas por el Banco Central de Reserva y que hicieron que la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) inicie las investigaciones preliminares para finalmente abrir una investigación definitiva el 07 de febrero de 2007, disponiendo incluso que los magistrados se abstengan de seguir en sus labores mientras dure la investigación. Finalmente luego de las investigaciones, a través de la Jefatura Suprema de dicha oficina, el 07 de junio de 2007 se propuso al CNM que se aplique la sanción de destitución a los magistrados mencionados.

Además de haber existido impedimentos para que algunos de ellos puedan intervenir en el proceso o pedidos irregulares de licencia que curiosamente propiciaron que participen del expediente los tres magistrados destituidos y de esta manera se logre formar la resolución en el sentido expuesto, los tres vocales de la Corte Superior incurrieron en serias irregularidades entre las que destacan las siguientes: no tomaron en cuenta que el Código Procesal Constitucional, vigente desde el 01 de diciembre de 2004, incluso para los procesos en trámite y en consecuencia aplicable al caso, señalaba que el proceso de amparo era una vía residual; tampoco explicaron por qué es que se pronunciaron de manera contradictoria a lo expresado por ellos mismos en sentencias emitidas previamente en casos similares; además no señalaron qué es lo que los llevó a apartarse de lo expresado en el precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido en el Expediente Nº 206-2005/PA-TC, que además confirmaba lo expresado por ellos en casos anteriores y similares al que fue materia de la investigación; no dieron razón respecto al hecho de haber amparado la demanda incluso respecto de actores que habían dejado consentir la sentencia del Juzgado; no mencionaron cómo se llegó a tener certeza respecto a los hechos de la demanda si es que existen diversos procesos civiles, laborales y constitucionales que habían culminado con sentencias que tienen la calidad de cosa juzgada y que desestimaban las pretensiones planteadas.

Ante todo ello es evidente que la formación y el contenido de la mencionada sentencia presenta una serie de irregularidades, las cuales hacen que el dictado de dicha resolución, además de afectar distintos principios que conforman el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como son la cosa juzgada o el derecho de defensa, genere responsabilidad en los vocales que la emitieron.

Por ello consideramos que en esta ocasión los distintos órganos de control de la magistratura entre los que se encuentra el mismo poder judicial, han actuado de manera correcta y eficiente pues en menos de un año se ha podido llevar el procedimiento disciplinario al CNM para que el mismo decida aplicar la sanción de destitución de acuerdo a lo propuesto por la Jefatura Suprema de la OCMA.

Es un hecho que sin duda se debe destacar y principalmente tomar como precedente para que poco a poco no quepan dudas respecto a que la función jurisdiccional en nuestro país se tiene que ejercer de manera independiente e imparcial. Solo así nos encontramos en el marco de un Estado Constitucional en el cual el Poder Judicial cumple con su función obteniendo no solo de manera metafórica, sino real, una sociedad que tenga paz social en justicia.

El Director

DIRECTOR
Carlos Clave Mar[illegible]

COMITÉ DE EDICIÓN
Agustín Grández Mariño
Alejandra [illegible] Aguila
Alvaro [illegible] Carrera
[illegible]
Miguel [illegible] Rodríguez

COLUMNISTAS
Alfredo [illegible], Beatriz Boza
Cecilia [illegible], Fritz Du Bois
Luis Pizarro, William W. Manning

CARTOON
Beatriz Chung

PANEL DE ANALISTAS
Agustín de la Puente
Comercial
Cayetana Aljovín
Telecomunicaciones
Cecilia O'Neill
Comentarista Jurisprudencia
[illegible] Espinosa-Saldaña
Constitucional
Freddy Escobar
Civil
Giovanni Priori
Comentarista Jurisprudencia
Humberto Medrano
Tributario
Jorge D[illegible]
Administrativo
Jorge [illegible]
[illegible]
José [illegible]
Mercado de Valores
José [illegible]
Competencia y Consumidor
Julio Guadalupe
Comercio Exterior
Lorenzo de la Puente
Ambiental
Luis Carlos Rodrigo
Minero
María Teresa Quiñones
Electricidad
María [illegible]
[illegible]
Extranjería
Rafael [illegible]
Banca y Seguros
Ramón [illegible]
Comentarista Jurisprudencia
Roger [illegible]
Penal

ANALISTAS INVITADOS
Jorge Allende
Rosa Leterier
Christian Donayre

IMPRESIÓN
Imp. [illegible] S.A.
2656502 [illegible]
[illegible]



Enfocando la realidad

Punto de vista

¿TLC para abogados?

Beatriz Boza

El Tratado de Libre Comercio (TLC) con EE.UU. marca un derrotero claro para el desarrollo económico e institucional del país. Uno de los temas "delicados" desde la perspectiva estadounidense, que llevó a los congresistas demócratas a revisar la suscripción del texto inicialmente acordado, estaba referido a las condiciones legales de empleo en el Perú. Así, más allá de las demandas específicas de los compradores de nuestros productos de exportación y de las respectivas autoridades aduaneras y sanitarias, un estándar "adicional" pasaba a ser exigible en el marco del TLC. La referencia al TLC es una poderosa excusa para referirme a temas laborales en una organización de abogados.

Claramente, en el Perú, los clientes y la autoridad pueden exigirle al abogado el estricto cumplimiento de las obligaciones de diligencia, lealtad, confidencialidad, celo en el patrocinio, información y competencia profesional. Para garantizarlo están, entre otras vías, la ley Orgánica del Poder Judicial y el Indecopi, además de la acción disciplinaria a cargo del gremio. A la luz de la comparación con el TLC, toca preguntarnos si los abogados tenemos alguna responsabilidad adicional que sea exigible por terceros respecto de nuestro centro de trabajo y en particular respecto de los abogados jóvenes y practicantes que trabajan en el mismo. Es común que un abogado invierta su tiempo, y en muchos casos dinero, en la selección de los mejores candidatos que se adecuen a su práctica y necesidades profesionales. ¿Tiene además que invertir en desarrollar a los jóvenes que trabajan en su despacho? ¿Es responsabilidad de un abogado hacer docencia respecto de sus colaboradores?

Un abogado se debe a su cliente y su función es patrocinar competente y diligentemente los intereses de éste. El abogado contrata a un joven debidamente formado y preparado por la universidad, por lo que la responsabilidad de esa formación recae en la universidad que tiene como misión formar a lo largo de cinco años al futuro profesional en Derecho, aportándole conocimientos legales, destrezas propias de la profesión, sentido crítico y valores. Pero en un mercado laboral competitivo, también le compete al joven formarse, prepararse, esforzarse y estar permanentemente actualizado en su materia. ¿Es eso suficiente? ¿Tiene el abogado algún deber de orientar y formar a los jóvenes en el ejercicio profesional? Si pues la práctica profesional solo se aprende en la práctica. Un empleador requiere que el joven profesional domine esa práctica y cuanto más rápido la aprehenda mejor y más rentable será su aporte para su empleador. No solo es un buen negocio invertir en que un joven sepa hacer las cosas bien, sino que resulta necesario por un tema de respeto básico a la persona y cumplimiento de la ley. La Ley de Modalidades Formativas Laborales así lo establece. En los pasillos del despacho, en la interacción del abogado con las secretarias y personal subalterno, en las largas sesiones de trabajo y en el quehacer diario, el joven forma su ADN profesional, algunas veces admirando a sus jefes, la mayoría de veces observando, procesando la experiencia, imitándola, haciendo suya esa forma de ser, de saber y de hacer.

En esta línea, es de vanguardia la propuesta hecha por abogados de los principales estudios de la capital en el reciente Anteproyecto de Código de Responsabilidad Profesional del Abogado (Noviembre 2007), cuyos artículos 83 a 87 destacan la responsabilidad que implica para el abogado empleador tener que ser un ejemplo de profesional que promueva el correcto y ético uso del Derecho, que además incentive la igualdad de participación de los practicantes en la organización, que procure el cumplimiento de la jornada máxima, periodos de descanso, subvención mínima y prestaciones de salud; así como el deber de orientación que sobre ellos tiene dado el contexto de complementación de su formación, objeto final de las prácticas profesionales.

El abogado que respeta a quienes trabajan con él en su despacho, fomentando su crecimiento personal y profesional, no solo tendrá una prácticas más competitiva sino mejor pues generará un clima de colaboración, reciprocidad y gratitud en la manera de sentir, pensar y actuar de cada uno de sus miembros. El texto está escrito. ¿Requeriremos que unos demócratas lo exijan para hacerlo realidad?

Abriendo los Ojos

La lista de Garcia

Agustin Grández

Finalizando el mes de noviembre una nueva propuesta presidencial generó un debate nacional. Si hace unos meses el debate se centró en la pena de muerte, a partir de la propuesta del presidente Alan García para instaurar esta pena, la discusión se centra ahora en la publicación de una lista de cerca de 1800 procesados por terrorismo que salieron en libertad en los últimos años. La propuesta de García se presentó dentro de una coyuntura de ataques terroristas que produjeron la muerte de cinco policías.

La medida de publicar una lista se justifica, según el Presidente "para que todos sepan exactamente vecinos de quién son y qué cosa están haciendo cada uno de los liberados" (sic). Lo que buscaría la lista es que la opinión pública tenga perfectamente identificados a todas aquellas personas que salieron en libertad en los últimos años que fueron procesadas por delitos de terrorismo. Dicha lista incluye a personas que fueron liberadas por indulto, cumplimiento de la pena, personas con sentencia exculpatoria, etcétera.

El debate se ha centrado entonces entre quienes defienden la propuesta y quieren encaminar la publicación de la lista, y aquellos que consideran que una medida como la señalada generaría una clara vulneración a los derechos de las personas cuyos nombres se publiquen en la lista. Encendiendo aún más el debate el congresista del partido aprista Mauricio Mulder señaló que, en caso no sea el Estado el que publique la lista, él mismo y a título personal se encargaría de publicarla.

Un ejercicio práctico de aplicación del "test de razonabilidad" permitirá establecer si es que nos encontramos frente a una propuesta adecuada y razonable para alcanzar el fin último que busca, la lucha contra el terrorismo o si por el contrario nos encontramos frente a una norma que sólo vulnera derechos ciudadanos. Los tres sub principios del "test razonabilidad" (idoneidad, necesidad y proporcionalidad) se siguen el uno a otro, es decir, basta que uno de estos sub principios no se respete para poder señalar que estamos frente a una medida inadecuada y no razonable. La mencionada propuesta falla en los tres sub principios, solo para señalar uno, en el caso del sub principio de idoneidad (que busca que toda injerencia en derechos sea capaz de fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo) este no se cumple porque la publicación de la lista no contribuye de modo alguno al objetivo del combate del terrorismo, por el contrario solo genera que personas que probaron su inocencia en un juicio o que fueron indultadas por ser inocentes se vean estigmatizadas por el resto de la sociedad impidiéndoles su desarrollo dentro de esta.

Es lamentable que en un momento en el que eran necesarias propuestas inteligentes para combatir rebrotes terroristas, una medida como la publicación de una lista con los nombres de procesados por terrorismo (no todos son terroristas) sea la propuesta que acapare los medios. Es también lamentable porque la propuesta proviene del Presidente de la República, de quien esperaríamos propuestas que aporten a una verdadera política antisubversiva. Lo único que esto revela es que dicha política no existe y esa ausencia debería de ser el verdadero tema de discusión.

La administración de justicia en el Perú: el mayor riesgo para el inversionista

Luis Pizarro

Cuando llega un potencial inversionista extranjero a nuestras oficinas persuadido por los excelentes indicadores de la economía peruana en los últimos años, normalmente formula un conjunto de preguntas de información macro legal (y la mayoría de veces también no legal) sobre nuestro país y el contexto para invertir su dinero y realizar diversos negocios. Hay que reconocer que las respuestas a estos típicos interrogatorios suelen ser mayormente positivas dado que en el Perú existe una plataforma normativa estructural desde hace más de quince años que promueve, en términos generales con algunas excepciones y matices, la inversión privada, la libre competencia, la no intervención estatal en la economía, la igualdad de trato entre la inversión peruana y la extranjera, la tributación basada en pocos impuestos, y la libertad de remesa del capital invertido y de las utilidades obtenidas.

Sin embargo, lo que no podemos ocultar es el lado oscuro del cuento. No se podría ser ética y profesionalmente responsable si se eluden dos temas radicalmente preocupantes de nuestro país: primero, que cada cinco años en los procesos electorales presidenciales nos jugamos con angustia el modelo integral de sociedad y economía y, segundo, que tenemos un nivel de administración de justicia muy por debajo de cualquier criterio razonable de eficiencia, certidumbre y seguridad jurídica. La frase triste pero resumida es "En el Perú es posible que pueda perder injustamente todo su dinero invertido por la intervención del Poder Judicial". Simple pero dramático.

Mi buen amigo y excelente profesional Fernando Tuesta Soldevilla, líder del Instituto de Opinión Pública de la PUC, compartió conmigo esta semana una última encuesta con datos de evidente elocuencia sobre el tema de la administración de justicia. Algunos resultados contundentes son: 94% de los encuestados piensan que los jueces en el Perú hacen diferencias y no tienen trato igualitario con las partes (justicia no es imparcial); 67% piensan que los jueces son dependientes del poder político; 68% piensan que los jueces son dependientes del poder económico; 38% piensan que el elemento más importante para ganar un juicio en el Perú es pagando una coima (los niveles de corrupción en el Poder Judicial están entre los más altos del mundo), y el 47% piensan que el sistema judicial en el Perú es malo o muy malo.

Al momento de escribir esta columna todo indica que nuestro país sumará a sus excelentes y sostenidos resultados económicos dos elementos vitales para su desarrollo futuro: primero, la obtención de la calificación de Grado de Inversión, lo que proyectará objetivamente la reducción del Riesgo País para el inversionista con enormes y múltiples consecuencias favorables, principalmente la baja del costo de financiamiento y la atracción de nuevos capitales; y segundo, el inicio de vigencia del Tratado de Libre Comercio con EE.UU. (además del positivo proceso de suscripción de otros acuerdos con diversos países) que no sólo originará beneficios relevantes directos para el comercio exterior, sino indirectamente fortalecerá la institucionalidad pública y privada del país.

Ahora bien, hay que decirlo claro: todas las buenas noticias de las que el Perú goza actualmente y las que reciba en el futuro quedarán mediatizadas, condicionadas, subordinadas y en algunos casos lamentablemente eliminadas si no tomamos conciencia que la principal traba estructural del país está en la profunda crisis de la administración de justicia.

Desenfocados



De Reojo

¿Por qué no logramos ponernos de acuerdo?

Rosa Leterier
Consultora en economía asociativa

Porque desde nuestra pequeña y parcial subjetividad percibimos algo que no nos gusta, algo que nos produce repulsión y nos impide escuchar al otro. Ante ello, quizás deberíamos dejar espacio a la integración, entendida como ausencia de prejuicios. Queremos imponer nuestra opinión-composición. Y ello es un error cuando se trata de llegar a un acuerdo, ya que hay que alcanzar una armonía entre el escuchar y el hablar. Esta relación entre el escuchar y el hablar es una armonía que se da en el momento y que podemos captar de forma intuitiva y artística. Acordar es aprender a que nuestro tono concuerde con el de otros. En ocasiones será un tono más fuerte; en otras, tal vez destaque el de otro. Esto lo ha de decidir la melodía del conjunto, entendida como discurso sonoro en el que intervienen y participan todos. Si capto intuitivamente el momento de la escucha, puedo ver latir en los gestos del otro aquello para lo que tiene un singular talento. De esta forma, ayudo a que el otro se manifieste, dando al grupo de trabajo las ideas, los objetivos comunes, sin que uno obstaculice el trabajo del otro. A partir de este momento se produce el Acuerdo, un acuerdo que es concordia. Se comienza a crear las posibilidades hacia el futuro.¿Cómo crear nuevas formas organizativas? ¿Cómo crear empresas comenzando desde el intervalo creado? Este espacio y tiempo vacíos no se crean por sí mismos, son una actividad que parte del individuo. No se trata de recibir pasivamente palabras cuyos significados se hayan intactos en el diccionario, sino de crear una cierta correlación, un acercamiento, un amigarse con las palabras permitiendo que laboren en nosotros. Entramos así en un proceso de búsqueda de la consciencia viva, que da origen a un pensamiento apropiado, para crear formas nuevas para esa empresa que comienza a nacer *ex novo* con la participación de todos los que desempeñan la actividad. Las ciencias sociales han fracasado en su intento de crear una vida social. El ser humano ha empezado a darse cuenta que la vida social no puede proceder de la producción material o de las relaciones anímicas. Solo puede proceder desde la iniciativa tomada y recibida en libertad (libremente).El sistema educativo actual nos aleja de la verdadera iniciativa. Tener miedo a tomar iniciativa, estar lleno de dudas al respecto, son experiencias espirituales reales, necesarias para que la verdadera iniciativa se revele, se despliegue. Observamos la violencia en el mundo y creamos mecanismos de defensa para extirparla pero sin resultados. No es cuestión de cómo terminar con la violencia, es cuestión de cómo tomar iniciativa. ¿Cómo tomar iniciativa? En el ser humano hay dos dimensiones fundamentales, la universalidad y la individual. Pero también hay otra dimensión entre ambas, que incluye a muchos pero no a todos. Lo universal, la Humanidad, los grupos existen, pero la Individualidad tiene que ser creada. Un ser humano es maduro en la medida en que es individual y libre. Si no es individual, sólo encontrará su identidad en otros, en el grupo. La libertad no es algo abstracto, sino una liberación de los mecanismos automáticos. Lo universal no permite conquistar la Libertad Individual, es más bien un hecho de la naturaleza y, aunque automático, supone las bases que nos son dadas para el desarrollo individual, y por consiguiente no puede faltar. Lo individual puede, sin embargo, quedar omitido si uno no trabaja con decisión y conscientemente para construirlo. Por esta razón, la expresión de individualidad sólo es posible en el contexto del grupo, ya que sin el grupo no somos individualidad. No podemos ser "únicos" si no tenemos a los demás. Y así podemos crear, partiendo de nuestra individualidad, y junto con los otros, nuevas estructuras sociales y empresariales. Si observamos el proceso evolutivo del ser humano en la vida social, vemos que las estructuras sociales monolíticas se prestan para el desarrollo individual, personal; mientras que las formas diferenciadas requieren del desarrollo social. Para esto es necesario desarrollar Confianza, Iniciativa y Responsabilidad con respecto y consideración de un ser humano por las acciones del otro. ¿Cómo surgen estas cualidades de confianza, iniciativa y responsabilidad? ¿Provienen del desarrollo individual? Estas cualidades, por mi propia experiencia, son profundamente afectadas por el grado de mi desarrollo individual, por mis logros en este campo, pero las experiencias en sí mimas surgen "haciéndolas", experimentando en movimiento, trabajando con otros. No tiene sentido hablar de confianza o de la necesidad de confianza dentro de una estructura monolítica. Sin embargo, en una forma diferenciada caracterizada por individuos autónomos, libres, con funciones diferenciadas, pero interrelacionadas, presupone confianza. ¿No creen que nos contradecimos o contradecimos a nuestras expectativas cuando ambicionamos confianza, sin al mismo tiempo crear conscientemente una estructura social diferenciada? El reto del cambio significa seguir dos procesos a la vez: estabilizar actividades y dinamizar actividades. El proceso de estabilizar actividades incluye todas aquellas que conserven la estructura existente y mantienen en funcionamiento las actividades cotidianas. El proceso de dinamizar actividades incluye la búsqueda de las nuevas capacidades y talentos escondidos. El desarrollo individual es, sin embargo, y por contradictorio que pueda parecer, el resultado de una actividad social. Es decir, no puede ser alcanzado desde el "aislamiento"; del aislamiento que generalmente prima en el acceso al conocimiento, conocimiento que no es otra cosa que el camino del pasado. En cambio, para alcanzar el desarrollo individual es imprescindible "interrelacionarnos"; es decir, necesitamos a los otros, a los colegas, a los amigos y a muchas otras personas. Porque los demás nos ayudan a hacer surgir nuestros talentos escondidos, con los que, una vez descubiertos, emprendemos el camino de la acción; esto es, el camino del futuro. A través del seguimiento de una vía de desarrollo individual, cada persona de una organización podría y debería ser valorada y reconocida de acuerdo con sus posibilidades (futuro) y no sólo en función de sus conocimientos (pasado).El camino del conocimiento (acumulación de información, datos y conceptos), nos lleva a ver denso y opaco el futuro. Porque el sistema educativo no nos enseña a "ver" con transparencia a través de las ideas. Una Teoría del Conoci-miento como "orientación" nos permite "ver a través de" y orientar nuestra mirada hacia nuestras posibilidades y hacia las necesidades que pudieran existir en nuestro entorno.

WWW.
ENFOQUE
DERECHO
.COM

blog de actualidad jurídica

¿Cómo salimos del coma?

Enfocados

Entrevista a:

Julio Castro
Decano del Colegio Médico del Perú

Por: Agustín Grández

La crisis institucional que sufre el país afecta todos los sectores, tal vez una de las crisis más preocupantes es la que vive el sector salud, ya que es por todos conocidos la precariedad del sistema de salud pública, precariedad que afecta a la población de menores recursos. Quién mejor para diagnosticar la problemática del sector y prescribir algunas recetas para ayudar a un paciente que parece terminal, que el recientemente electo Decano del Colegio Médico del Perú, el Dr. Julio Castro.

¿Es posible hablar de una crisis del sistema de salud pública?

La crisis del sistema de salud pública es una realidad, es una crisis que arrastramos desde hace varios lustros en el país, que ubica a un sector muy importante de la población en exclusión social en salud (entre el 42% de la población). Esta exclusión tiene que ver con el hecho de la existencia de diversas barreras que impiden que las personas puedan gozar del derecho a la salud, entre estas, indudablemente la más importante es la barrera económica que explica que más del 80% de las personas que teniendo necesidades de hacer uso de los sistemas de salud, no lo hacen por no poder pagar el alto costo de la atención de salud. Pero esta no es la única barrera de acceso, tenemos en nuestro país barreras geográficas por la población dispersa sobre todo en la zona rural andina y amazónica, barreras de carácter cultural que tienen que ver con la inadecuación de los establecimientos de salud a las diversas formas culturales existentes en el país. Finalmente a barreras de orden institucional relacionadas con los problemas de organización y de administración de los servicios de salud que no responden a las necesidades y a las demandas. Entonces un elemento fundamental es el tema de la crisis que lleva a la exclusión social en salud y que evidentemente esta relacionada con la situación de pobreza que vive aproximadamente la mitad de la población nacional.

¿Considera que existe de parte del Ministerio de Salud y en general del gobierno una política clara y adecuada para el sector salud?

Justamente una de las observaciones más serias que le hacemos al gobierno y al Ministerio de Salud es la ausencia de una propuesta de Política Nacional de Salud que sea capaz de encarar estos graves problemas que arrastramos en el país. Estamos ya a 15 meses, la cuarta parte de trascurrido el período gubernamental y en el sector salud los déficit son muy claros y notorios. Hoy constatamos que hay inseguridad, desconfianza por parte de ciudadanos hacia los establecimientos de salud por todos los problemas que se han sucedido recientemente, personas que van a vacunarse y se mueren por las vacunas , que van a atenderse y salen contaminadas, personas que tiene diversos problemas en torno a como esta organizado el sistema de salud. Hay una situación de ineficiencia en la gestión en el manejo del sector, que tiene sus expresiones más gráficas y contundentes, en la incompetencia para comprar ambulancias. Otro elemento muy delicado es el que tiene que ver con los niveles de corrupción que alcanzan a la alta dirección del Ministerio de Salud y el Seguro Integral de Salud, esta última institución que justamente tiene que ver con la administración de los recursos de los más pobres. Todo esto configura un panorama en la que, lamentablemente, a pesar de haber llamando persistentemente la atención, estamos perdiendo una nueva oportunidad para afrontar con decisión los problemas y llevar adelante las transformaciones hacia una reforma sanitaria, más aún la gravedad se constata cuando en la actualidad el país tiene recursos, debido al proceso de crecimiento económico sostenido de los últimos años, a pesar de que no hay reformas tributarias redistributivas si existen mayores ingresos en el tesoro público, pero estos no se orientan en llevar a cabo reformas fundamentales en sectores sociales básicos como son salud, educación, entre otros.

Frente a esta problemática, ¿Qué papel debe cumplir el gremio médico?

Nosotros tenemos unos planteamientos por los cuales buscamos contribuir al debate nacional en salud y a que se modifiquen estos comportamientos desde el Estado, no solo criticando y denunciando la actual situación crítica que se vive en el sector, sino aportando, contribuyendo con iniciativas diversas para poner al país y al sector salud, en concreto, en una dinámica de transformaciones y de cambios. Esto supone en primer lugar que seamos concientes en que hay que modificar la Constitución en el tema de salud, a actual Constitución de 1993, de Alberto Fujimori, como sabemos tiene una concepción muy restringida de los de los derechos humanos. Dentro de esa concepción restringida de los derechos fundamentales, incorpora únicamente los Derechos Civiles y Políticos, en cambio los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) básicamente los considera bienes o mercancías que se producen y se demandan en el mercado y por lo tanto los ciudadanos pueden acceder a ellos mediante este mecanismo, pero no es el Estado , al no considerar lo derechos fundamentales, el principal garante del usufructo como expresión de ciudadanía de estos DESC, desde ahí hay que introducir cambios y modificaciones. Lo mismo acontece con la Ley General de Salud, que orientada por esta concepción básicamente liberal y extrema, no hace sino asumir un rol subsidiario del Estado en relación con los problemas de la salubridad y la sanidad de la gente, cuando, de lo que se trata es de que asuma un rol garante, responsable, organizador no solo de la cobertura universal de atencion integral de salud y calidad sino también de las condiciones que posibiliten a las personas el ejercicio y el usufructo de este derecho, que como sabemos son las determinantes sociales de la salud. Creemos que hay que hacer un esfuerzo para promover cambios con esta orientación y por supuesto el gremio médico ha contribuido, en los Congresos Nacionales de Médicos, se ha discutido el tema y aprobado lineamentos de políticas de salud que se han propuesto para el debate y así alcanzar la concertación entre Estado y Sociedad, en los que buscamos definir primero que la salud sea entendida como una política de Estado, por lo tanto nacional, no solo centrada en Lima, sino una política verdaderamente nacional que represente a todos los sectores del país, consultados y aportantes a esta definición. Una política de Estado, una política nacional, una política de largo plazo, que como he venido sosteniendo, defina los objetivos sanitarios nacionales dentro de una propuesta de desarrollo integral del país. Además, creemos que se requiere tomar decisiones políticas para financiar la salud en el país, se requiere aprobar un Plan Nacional Concertado de Salud y requerimos avanzar hacia la cobertura universal mediante la universalización de la Seguridad Social y del Aseguramiento en Salud. En todos estos temas el Colegio Médico tiene propuestas, por ejemplo en relación a la universalización de la Seguridad Social y del Aseguramiento en Salud hemos propuesto un proyecto de ley para contribuir al debate nacional porque creemos que es momento que el país de el

salto a garantizar por lo menos la atención de salud para todos en el país.

Muchas veces el tema de la salud entra en el debate nacional a partir de casos como el de las personas infectadas con el VIH por transfusiones de sangre, las vacunas defectuosas, entre otros. En la gran mayoría de estos casos se culpa al médico, ¿cuan responsable es el médico y cuanta responsabilidad recae en la crisis institucional del sector salud?

Creemos que la responsabilidad pública es fundamental y en ocasiones, por supuesto no frecuentes, lo puede tener un profesional de la salud, pero es claro que en el país la principal responsabilidad, es una responsabilidad pública, es una responsabilidad del Estado, del Gobierno, porque recordemos que casi el 90% de las atenciones de salud son públicas, ya sea a través del Ministerio de Salud, la Seguridad Social, los municipios, etc. El sector privado participa y ofrece estos servicios a un sector privilegiado, que está entre el 8% de la población nacional, entonces la principal responsabilidad es pública, la responsabilidad de las condiciones en la que se encuentran los establecimientos de salud, la responsabilidad de la exclusión social, la responsabilidad que tengamos el 25% de los menores de 5 años desnutridos, 1 de 4 niños en promedio (que oculta que en la zona rural de la sierra o de la selva son aproximadamente 60% los niños desnutridos). Entonces hay una gran responsabilidad que tiene que ver con los gobernantes, con el modelo de desarrollo que se lleva adelante en el país y que a consecuencia del mismo tenemos estos enormes problemas de exclusión social y de pobreza, que necesariamente no los podemos achacar a los profesionales, estas son, fundamentalmente responsabilidades del Gobierno.

¿Qué opinión le merece la propuesta de establecer el SOAT médico?

Nos parece una propuesta fuera de contexto, que no toma en cuenta la realidad del país y que por lo tanto va a tener resultados contradictorios a los objetivos que busca. Nos parece legítima la preocupación de los gobernantes por la seguridad de los pacientes y por el hecho de reconocer que no pueden ser dañados en una atención en los establecimientos de salud y que si ello ocurriera debieran de existir mecanismos para atender y resarcir estos problemas, esto, sin duda, nos parece legítimo. Pero la receta es mala, la receta de un mal llamado SOAT médico, porque no tiene relación alguna con el SOAT vehicular, a nuestro entender, va a perjudicar a los pacientes y a la población en general, ya que va a disparar una espiral de incrementos de costos en la atención de salud, porque evidentemente el costo de este seguro será cargado a los pacientes de diversas maneras y como hemos comentado al inicio la barrera económica es la más importante, la que impide el acceso a la población a la atención de salud y al incrementar el costo de la atención, esa barrera se va a hacer más alta y por lo tanto la exclusión va a aumentar. Además esta propuesta no beneficia a la persona supuestamente dañada, porque para establecer que existió una negligencia producto de una actitud temeraria, imprudente del profesional, esta tiene que ser probada y esta se prueba en los tribunales de justicia, lo que supone un proceso judicial, que en el marco de un seguro, el ciudadano, supuestamente afectado, tendrá que ver (con sus escasos recursos) como contrata un abogado para litigar. De otro lado no se va a enfrentar al abogado del profesional de salud denunciado, como sucede ahora, sino se va a enfrentar al staff de abogados, altamente especializados, que para estos temas tienen las empresas aseguradoras, que no son empresas de beneficencia ni de caridad, son instituciones para el lucro y de lucro, lo que les interesa es ganar y para ganar sus defensores saben y conocen muy bien que su objetivo es o no pagar o pagar lo menos posible, en consecuencia el posible afectado, no se debe de hacer muchas ilusiones dentro de este sistema.

¿Qué otras consecuencias negativas produciría el establecimiento de este seguro?

El establecimiento de un SOAT médico va a inducir el desarrollo de la práctica de una medicina defensiva, como la llamamos, porque al establecer como principio, en la relación entre el médico y su paciente, la desconfianza del paciente respecto al médico (que considera que le va a hacer daño) y la desconfianza del médico respecto al paciente (que considera que lo puede enjuiciar), entonces el médico tiene que tomar todas las precauciones, para no incurrir en una de estas circunstancias, que como todos sabemos, nadie la quisiera por todo lo que significa por el daño que produce a la imagen del profesional, así como el daño que se produce a la familia de este. En consecuencia esta medicina defensiva va a hacer que el médico tome pues todas las previsiones para evitar caer en error, la primera es pedir todos los exámenes posibles, los mas avanzados y los mas caros y si viene un paciente por un dolor de cabeza, por lo menos se tendrá que pedir una tomografía, de otro lado para asegurarse de que el tratamiento va a ser eficaz, el médico no va a estar dando medicamentos genéricos, sino va a dar el último medicamento de marca, el más caro, además de esto va a pedir todos los exámenes auxiliares del mundo para ayudarse en la comprensión del problema que tiene su paciente. Esta practica de la medicina defensiva es otro elemento que contribuye al encarecimiento de la atención de salud y naturalmente, de toda esta situación, las beneficiadas son las aseguradoras. Por eso nos parece muy importante ver otras posibilidades en relación al tema de cómo y en que condiciones se atiende los daños surgidos y como se indemniza la paciente.

Existen sectores que señalan los riesgos que el TLC podría traer al sistema de salud (en relación al tema de los medicamentos). ¿Que opinión tiene al respecto?

Nosotros hemos llamado la atención sobre este tema y creo que es reconocido por todos que el TLC, en el caso de la salud, nos trae perjuicios y que tienen que ver directamente con el encarecimiento de los medicamentos, con lo cual tenemos otro elemento que aumenta las barreras de carácter económico para acceder a la atención de salud, tomando en cuenta que uno de los componentes, el principal, del gasto del bolsillo de los ciudadanos es la compra de medicamentos. Esta observación no es un parecer, una opinión suelta, sino esta respaldada por todos los estudios que instituciones publicas han hecho al respecto, estudios de el Ministerio de Salud, INDECOPI, el Ministerio de Economía y Finanzas, todos estos estudios, mas o menos, señalan la problemática del encarecimiento de los medicamentos. El que más severamente llamo la atención sobre las consecuencias fue el propio Ministerio de Salud en el sentido que la exclusión social, en cuanto al uso de los medicamentos, se iba a incrementar en una proporción muy importante, por eso es que se ha previsto (después que se determinó que a pesar de estas consecuencias se debe firmar el Tratado) que el Estado disponga las medidas contingentes para evitar el daño, sin embargo esto aún no se hace. Estamos muy preocupados por esta situación y estaremos vigilantes para que en efecto se respete el derecho a los ciudadanos al acceso a medicamentos de calidad y seguros y que el incremento del costo por defectos del TLC, tienen que ser asumidos por el Estado a través de diversos mecanismos para evitar la mayor exclusión social en salud.

El derecho en movimiento

Vistazo Legal

Si no domicilio en el Perú, ¿por qué tengo que obtener un RUC?

Julio Guadalupe
Analista
Comercio exterior

Esta es la pregunta que se hacen continuamente empresas no domiciliadas en el país. La respuesta es muy simple, la obtención de un RUC es obligatoria, aún en el caso de no domiciliados, porque lo manda la ley.

En efecto, conforme a lo señalado en literal c) del artículo 2 del Decreto Legislativo 943 (Ley del Registro Único de Contribuyentes) la inscripción en el RUC es obligatoria para aquellas personas que se acojan a los regímenes aduaneros previstos en la Ley General de Aduanas.

Sin perjuicio que la norma dice lo que dice, es de señalar que las nuevas formas (todas ellas válidas y legales) en que se vienen organizando y reestructurando los negocios en el comercio internacional ya han empezado a dejar entrever que las regulaciones aduaneras peruanas, y/o aquellas relacionadas a éstas, deben ser modificadas de un modo drástico si es que queremos que el Perú, como país, pueda salir airoso del reto impuesto por la globalización y el libre mercado. En este sentido, las medidas de liberalización del comercio exterior deben ir de la mano con disposiciones que flexibilicen y "des-encorseten" los procedimientos aduaneros, haciendo que la facilitación se imponga sobre el control fiscal.

La apertura comercial a la que nos referimos, unida a un continuo y sólido crecimiento económico, son la causa que, cada vez más, empresas extranjeras se sientan motivadas a invertir en el Perú o, por lo menos, a llevar a cabo negocios que impliquen tráfico de mercancías desde y hacia el Perú.

Siendo ello así, nos preguntamos cuál es la lógica para que una empresa no domiciliada que, por ejemplo, ingresa (sin nacionalizar) mercancías en un almacén aduanero peruano deba obtener un RUC. En otras palabras, ¿por qué la norma peruana obliga a un no domiciliado a actuar "como si fuese" domiciliado, con las consecuencias tributarias que ello podría irrogar, para poder desarrollar actividades aduaneras en el país?

Pareciera que la lógica tras esta disposición estribaría en la necesidad de tener plenamente identificado al agente de comercio exterior, con domicilio conocido en el país, a efectos que puedan ser llevadas a cabo las acciones de fiscalización posterior respectivas y, de ser el caso, puedan ser notificadas también aquellas resoluciones de determinación y/o de multa relacionadas con eventuales tributos impagos o las eventuales infracciones que puedan ser detectadas. Todo ello, se entendería, en resguardo del interés fiscal.

No obstante, lo que se estaría dejando de analizar es el componente de negocio implícito en estas operaciones. En efecto, en muchos casos, las empresas no domiciliadas no están interesadas en constituir subsidiarias o sucursales en el Perú (supuesto que encajaría como anillo al dedo para los fines del decreto legislativo objeto de comentario), sino sólo en realizar operaciones que aunque rápidas y eventuales no dejan de ser transparentes y del todo legales.

En estos casos, lo que en la práctica se viene dando, es que las empresas no domiciliadas se ven en la necesidad de reestructurar sus operaciones de comercio exterior para dar cabida a terceros capaces de satisfacer la formalidad legal (tener RUC) pero que no tienen nada que ver en el negocio propiamente dicho. Ello no sólo encarece la operación (pago por estos servicios) sino que también le añade una dosis más de riesgo (las mercancías son consignadas a nombre de estos terceros).

Creemos que, en estos casos, la normativa aduanera debería verse flexibilizada: (i) permitiendo que las empresas no domiciliadas que lo soliciten puedan realizar sus operaciones aduaneras indicando el documento de identidad utilizado en su propio país y designando un representante local para efectos de los trámites y procedimientos aduaneros (con la presentación del documento de poder respectivo); (ii) disponiendo el control aduanero concurrente al despacho (canal naranja obligatorio y rojo en forma aleatoria); (iii) permitiendo obtener también, en estos casos, la condición de buen contribuyente aduanero y (iv) presentando una garantía vigente por un plazo razonable que permita a la autoridad aduanera revisar los detalles de la operación y que cubra los eventuales tributos y/o sanciones que pudiesen corresponder tras las acciones de control concurrente que sean efectuadas.

Si esta sugerencia resultase muy "innovativa" se podría pensar al menos en modificar la Resolución de Superintendencia 210-2004/SUNAT (Reglamento del Decreto Legislativo 943) elevando razonable y significativamente los montos máximos para solicitar regímenes y operaciones aduaneras sin necesidad de contar con un RUC y permitiendo que tal posibilidad se haga extensiva también a las personas jurídicas (y no sólo a las naturales).
Creemos que la condición de "empresa confiable" no está relacionada con el hecho de obtener un RUC, sino con la transparencia y buena fe con la que ésta desarrolla sus actividades. Basta ver cuántas empresas con RUC (supuestamente confiables) se han "esfumado" haciendo infructuosos operativos de control llevados a cabo por la autoridad aduanera.

Las nuevas políticas de los nombres de dominio

Jorge Allende
Analista
Invitado

Recientemente, la Comisión Multisectorial de Políticas Públicas del sistema de Nombres de Dominio ha modificado los procedimientos relacionados con el registro de nombres de dominio bajo la terminación ".pe", las mismas que entrarán en vigencia el día 8 de diciembre próximo.

Las principales modificaciones son las siguientes:

1. Segundo nivel

A partir del 8 de diciembre de 2007, cualquier persona podrá solicitar el registro de un nombre de dominio de segundo nivel "mimarca.pe".

Aquellos usuarios que posean en la actualidad un nombre de dominio de tercer nivel registrado, pueden reservar dicho nombre en el segundo nivel durante el período de "reserva anticipada", que culminará el 7 de diciembre próximo.

2. Nuevos caracteres.

Asimismo, será posible registrar nombres de dominio que incluyan los caracteres á, é, í, ó, ú, ñ y ü. Por su parte, sigue siendo posible registrar un dominio que contenga guión (-) pero el mismo no podrá utilizarse en la tercera y cuarta posición del nombre de dominio simultáneamente.

Los usuarios que poseen un nombre de dominio de tercer nivel registrado, podrán solicitar la reserva de los mismos con los nuevos caracteres durante el período de "reserva anticipada" que culminará el 13 de enero del 2008.

Por último, los nombres de dominio podrán tener una extensión de entre uno (1) y sesenta y tres (63) caracteres.

3. Oponerse al registro.

Hasta antes de la modificación, los terceros interesados podían presentar oponerse al registro de un nombre de dominio. La nueva política elimina la etapa de oposiciones y cualquier controversia será resuelta de forma posterior al registro.

4. La transferencia:

Ahora será posible transferir la titularidad de un nombre de dominio registrado.

5. Las políticas de solución de controversias:







Los nuevos solicitantes de los nombres de dominio y los antiguos que renueven sus dominios tendrán que someterse obligatoriamente a las nuevas políticas de solución de controversias a través de las cuales se resolverán los posibles conflictos respecto al uso de nombres de dominio que sean idénticos o similares a marcas registradas en el Perú cuando concurran los siguientes supuestos: (i) el nombre de dominio sea idéntico o similar a una marca anteriormente registrada o solicitada en el Perú; (ii) el solicitante no tiene derechos o intereses legítimos respecto del nombre de dominio; y (iii) El nombre de dominio se utiliza de mala fe.

Conclusiones:

Consideramos recomendable que todos aquellos que sean titulares de un nombre de dominio de tercer nivel realicen la reserva de dicho nombre de dominio en el segundo nivel dentro del periodo de "reserva anticipada". De lo contrario, cualquier persona interesada, a partir del día 8 de diciembre del 2007, podrá registrar dicho nombre de dominio bajo el segundo nivel.

Nos explicamos, si usted es titular del nombre de dominio "mimarca.com.pe" y no realiza la reserva del mismo bajo el segundo nivel, a partir del 8 de diciembre cualquiera podrá registrarlo.

Por otro ldominio ya otorgados por la Red Científica Peruana agregándoles exclusivamente los nuevos caracteres permitidos. Por esta razón, es conveniente que los propietarios de un nombre de dominio, soliciten la reserva dentro del periodo anticipado de su nombre de dominio con los nuevos caracteres permitidos.

Por último, creemos que resulta importante que la Comisión Multisectorial de Políticas Públicas del sistema de Nombres de Dominio establezca que debe suceder cuando un nombre de dominio solicitado resulte similar, al punto de generar confusión, con otro nombre de dominio ya registrado. A la fecha, la Red Científica Peruana sólo deniega el registro de nombres de dominio idénticos, permitiendo que muchos se aprovechen del reconocimiento de un nombre de dominio notorio.

Injusticia militar... una vez más...

Christian Donayre
Analista
Invitado

El 15 de noviembre pasado el Congreso de la República aprobó en primera votación un esquema de justicia militar policial que insiste en las inconstitucionalidades declaradas por el Tribunal Constitucional (TC) tanto al momento de pronunciarse sobre los decretos leyes que regulaban la materia desde la década de los ochenta, como al momento de evaluar la constitucionalidad de la legislación que sobre el particular emitió el Congreso a inicios del año pasado.

Se insiste en que los militares en actividad impartan justicia en materia castrense y que su nombramiento recaiga en el Presidente de la República, elementos que, como sabemos, ponen en tela de juicio la independencia de estos jueces. Asimismo, busca mantener la denominada Fiscalía Penal Militar a pesar que el TC ha señalado que la excepción prevista en el primer inciso del artículo 139º de la Constitución se refiere tan sólo al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, mas no a las atribuciones que son propias al Ministerio Público. Por si lo expuesto no fuera suficiente, y sin agotar aquí los problemas que presenta el esquema de justicia militar aludido, se confunden los conceptos de "delito de función" y "delito cometido en ejercicio de las funciones", lo que se traduce en una ampliación de la competencia de los tribunales castrenses que, como todo lo anterior, resulta a todas luces inconstitucional.

Si a lo señalado le sumamos el hecho que la justicia militar viene operando en forma precaria, sobre la base de una ley dada por el mismo Congreso a fines del año pasado prorrogando el plazo de *vacatio sententiae* adoptado por el TC ley cuya constitucionalidad precisamente viene siendo evaluada por dicho colegiado comprenderemos la especial preocupación que nos genera la situación aquí descrita.

Hay quienes han cuestionado la aprobación de esta ley de justicia militar policial por haber tenido lugar con poco más de cincuenta votos y no con los sesenta y uno requeridos para aquellas materias que gozan de reserva de ley orgánica. Sin embargo, en este punto el TC ha adoptado una posición discutible, llegando a sostener que la organización de la justicia militar policial no es materia reservada a una ley orgánica, lo que podría significar, entre otras cosas, que inclusive es delegable al Presidente de la República. Sin perjuicio de esto último, creemos que el problema es más bien de fondo y pasa por asumir la reforma de la justicia militar policial como un asunto que atañe no sólo a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, sino a todos los que nos preocupamos por promover un escenario de impartición de justicia acorde con un Estado Constitucional.

Navidad con juguetes

María Eugenia Yabar
Analista
Privatizaciones e Inversión Extranjera

En nuestro artículo anterior (Navidad ¿Sin juguetes?) hicimos un análisis del contenido del Reglamento de la llamada "Ley del Juguete" (Ley 28376), en adelante el Reglamento, concluyendo que quedaban pendientes una serie de modificaciones pues el legislador había regulado de forma ineficaz algunos temas importantes, tales como (i) la exigencia de una Autorización Sanitaria tanto a fabricantes, importadores, distribuidores, comercializadores, y hasta a los que almacenaban los juguetes, (ii) la imposibilidad de endosar o transferir o utilizar la Autorización; y (iii) la vigencia de las Autorizaciones Sanitarias sólo por un año. Hasta ese entonces la venta de un juguete era más difícil que vender un medicamento pediátrico.

El día 12 de Octubre de 2007 fue publicado el Decreto Supremo 012-2007-SA que modifica algunos artículos del Reglamento. En cuanto al primer problema que mencionamos, ahora solo se exige la presentación de los informes técnicos del producto a los fabricantes y a los importadores de los juguetes, permitiéndosele a los distribuidores, comercializadores, y almaceneros la presentación de una copia de la Autorización Sanitaria otorgada al fabricante o al importador, tal y como ocurre con las medicinas. En cuanto a la imposibilidad de utilizar la Autorización Sanitaria por un tercero, ahora se permite a cualquier importador, distribuidor o comercializador registrado ante DIGESA utilizar la Autorización otorgada a un determinado producto, en atención a que la Autorización se otorga al producto y no al importador o fabricante. Por último, con respecto a la vigencia de la Autorización Sanitaria, ahora ésta tiene una vigencia de dos años, lo cual es mucho más coherente con el flujo del mercado de juguetes y artículos de escritorio permitiéndose una adecuada venta residual de los productos sin gastos innecesarios.

Es importante destacar la iniciativa del legislador de regular de forma minuciosa la fabricación, importación, distribución y comercialización de los juguetes, pues es un tema muy delicado debido al público al que están dirigidos comúnmente los juguetes, pero no podemos dejar de mencionar el error que se cometió con la primera versión del Reglamento. Al poner tantas trabas para la importación formal y distribución de los juguetes, lo que se consigue en última instancia es encarecer el precio de los juguetes, promoviendo así el mercado informal. Entonces, ¿qué logramos con regulaciones así de intervencionistas? Tratamos de proteger a

El derecho en movimiento

Vistazo Legal

las personas, pero lo que realmente logramos es exponerlas aún más a juguetes informales dañinos, sin el más mínimo control sanitario. Es importante tener en cuenta que la ausencia de regulación es mala, pero también lo es una regulación demasiado intervencionista, que pone trabas ilógicas al mercado.

Parece que, al final de la historia, sí tendremos juguetes en Navidad.

Sector Eléctrico:
Las turbulencias del 2007

María Teresa Quiñones
Analista
Eléctricidad

El crecimiento económico tiene sus problemas, sobre todo cuando existe imprevisión y populismo. Equivocadas políticas regulatorias han llevado a que a fines del 2007 el panorama del sector eléctrico se avecine sombrío y turbulento. Aquí van algunas razones para esta afirmación.

La demanda de energía sigue aumentando a un ritmo mayor que la oferta. Es decir que no se está construyendo la infraestructura necesaria para atenderla. Peor aún, una miope regulación tarifaria ha llevado a que siga aumentando la desigualdad entre Lima y provincias: como se han eliminado de los precios las señales de escasez y congestión, toda la nueva generación se ha concentrado en Lima.

A lo anterior se suma la falta de planificación e inversión oportuna en líneas de transmisión. Hoy día, el norte y el sur del país están experimentando situaciones críticas, porque las líneas Lima - Chimbote y Mantaro - Socabaya han llegado al límite de su capacidad. Es decir, que la energía barata que se produce en Lima no se puede "exportar" a Provincias, por lo que debe recurrirse a centrales de generación locales, caras e ineficientes, que operan con diesel y residual. Por ello, el costo marginal de la energía en provincias es superior, aproximadamente, en 50%, al costo marginal de Lima, además de experimentar frecuentes racionamientos. Recién cuando hemos llegado a estos extremos, el gobierno ha admitido que existe un problema y ha iniciado la licitación de nuevas líneas. Veremos cuándo se materializa.

De otro lado, las subastas de energía, convocadas al amparo de la Ley 28832 –que dicho sea de paso, aún no termina de reglamentarse– no han tenido el éxito esperado. Existen presiones políticas para que los generadores no presenten precios que excedan la tarifa en barra. Por si esto fuera poco, no existen reglas claras para la fijación del precio tope por OSINERGMIN. El Regulador ha llegado al extremo de bajar, en segunda rueda de ofertas, el precio que fijó en una primera rueda que se declaró desierta. ¿Es esa, acaso, la manera de "incentivar inversiones eficientes en generación", como ordena el artículo 7.1 de la Ley? Lo dudo.

Además, como el precio del gas que se vende a los generadores ha sido "congelado", para evitar el alza de las tarifas, se ha eliminado cualquier incentivo para invertir en centrales hidroeléctricas, porque no salen a cuenta. Terrible error que estamos pagando sobre todo en el sur, donde no llega el gas, que sufre ya la falta de energía y al que le esperan al menos tres años de un déficit de generación cada vez mayor.

¿Por qué hemos llegado a este extremo? ¿Qué es lo que no ha funcionado? Que desde el año 2004 se viene gobernando el sector eléctrico con decretos de urgencia y disposiciones transitorias. Medidas populistas que buscan sostener la mentira de que las tarifas eléctricas no van a subir y que con Camisea se resolvieron todos los problemas.

Concluyo con un reciente ejemplo de este peligroso estilo de gobernar: el recientísimo Decreto de Urgencia 46-2007, que para impedir que se incremente el costo marginal de la energía, excluyó de su determinación el costo de las centrales más caras, que son las que deben operar cuando existe congestión en las líneas de transmisión. Con eso no sólo se tapa el sol con un dedo, sino que se desactivan las alarmas que tiene el sistema para avisarnos que algo serio está sucediendo. Pero desconocer los costos no resuelve la escasez ni incentiva la inversión.

IPD-FPF-FIFA:
Que el *business* no se manche

Janfer Crovetto
Analista
Invitado

Uno de los pilares de la democracia es el respeto al principio de autoridad. Si el pueblo ha decidido voluntariamente organizarse bajo ciertas instituciones y delegar el poder a determinadas personas para que gobiernen en nombre de todos, es imperativo que aquellos que no detentan el poder respeten y cumplan los mandatos de la autoridad, en tanto tales mandatos se ajusten a lo que establece la ley. De lo contrario, si en nombre de una malentendida democracia se proclama una autonomía absoluta de las normas estatales y de las instituciones gubernamentales, la democracia involuciona en anarquía. Es por eso que es saludable la decisión del Consejo Directivo del Instituto Peruano del Deporte (IPD) de imponer el principio de autoridad frente a los arrebatos ensoberbecidos del presidente de la Federación Peruana de Fútbol (FPF) –quien se niega a abandonar el cargo pese a encontrarse inhabilitado por el Consejo Superior de Justicia Deportiva y Honores del Deporte para ejercer cualquier función directiva dentro del Sistema Deportivo Nacional–, ya que se envía un mensaje a la población en el sentido de que las normas están hechas para cumplirse. Ampararse en una eventual desafiliación de la FIFA para pretender mantener el nefasto status quo es una posición equivocada que parte de una premisa falsa, a saber, que la adscripción a la FIFA otorga una suerte de inmunidad diplomática que permitiría a los directivos de la FPF liberarse del cumplimiento de las normas peruanas. Nada más absurdo.

Toda medida gubernamental eficiente supone asumir ciertos costos menores al beneficio esperado. Cuando concluya la "intervención" del IPD en la FPF (que no es política sino jurídica), los beneficios deberían ser los aspirados por todos. Una nueva junta directiva, que inspire modernidad y aparente honestidad y transparencia sería un gran avance. Si cuenta con algún plan para salir del hoyo en que se encuentra nuestro fútbol, mejor. Todo ello de por sí representaría un cambio respecto de la coyuntura actual. Los costos ya los conocemos y la mayoría de la población está dispuesta a asumirlos: probable desafiliación temporal de la FIFA, lo que implica la posible suspensión de la participación peruana en las eliminatorias a Sudáfrica 2010 (a donde igual no llegaremos) y la eventual exclusión de los torneos internacionales de clubes organizados por la Conmebol (un fracaso menos para las estadísticas). A veces la mejor forma de poner orden en casa es encerrándonos en ella.

En todo caso, las medidas a ser adoptadas por el IPD deben limitarse a designar una comisión transitoria que convoque a elecciones en la FPF y que permita ser candidatos sólo a aquellos que se encuentren habilitados por la Ley del Deporte y por el estatuto de la FPF, correspondiéndole a la Asamblea de Bases de la FPF (constituida por las ligas departamentales y los clubes profesionales) elegir a los nuevos directivos. La Ley del Deporte establece como uno de sus principios fundamentales democratizar e institucionalizar el sistema deportivo nacional, e impone a los Consejos Regionales del Deporte la función de velar por el correcto desarrollo de las elecciones de las organizaciones deportivas. Por tanto, la actuación del IPD sería legítima y sería legal. Ante una elección democráticamente realizada por la Asamblea de Bases de la FPF, la FIFA tendría que dar marcha atrás en la eventual suspensión con la que nos amenazan. El fútbol es desde hace décadas un negocio que tiende a ampliar su mercado, no a reducirlo, por lo que está por encima de la identidad de cualquier dirigente de país bananero. El *business* no se mancha

Algunos apuntes sobre el cobro de peajes

Carlos Rodríguez Manrique

Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Aunque muchas veces recibamos prestaciones publicas o usemos infraestructura pública sin pagar directamente nada a cambio, lo cierto es que la explotación, producción, mantenimiento o conservación de funciones públicas, servicios públicos y bienes de dominio público tiene un costo que inevitablemente debe ser cubierto. Nada se hace gratis. La educación publica, aunque deficiente cuesta y mucho, lo mismo que los servicios sanitarios y la prestación de agua potable. Las calzadas y aceras de nuestras calles, avenidas y carreteras tampoco se mantienen a costo cero; construirlas, repararlas y conservarlas, en buen estado, implica una inversión de millones de nuevos soles.

La idea de que la prestación de algunos servicios públicos o funciones públicas es gratuita, debe ser desterrada de nuestro imaginario. Cuestion distinta es preocuparnos acerca de como, quién y en qué medida se financian estas actividades y bienes de uso publico. Cuando la financiación proviene directamente de recursos del tesoro público no cabe duda que esta, a su vez, se deriva de la recaudación tributaria, principalmente impuestos. No obstante, en ocasiones el Estado recurre al propio usuario para financiar total o parcialmente las funciones, servicios o bienes a su cargo, recurriendo ya sea a tasas (tributos) o a precios cobrados por la propia Administración, empresas públicas o por un tercero, por ejemplo, un concesionario.

Cuestión complicada, sin duda, es aquella que se presenta cuando la Administración decide cambiar el sistema de financiación, pasando de un esquema de asignación directa de recursos, obtenidos de la recaudacion de la recaudacion de impuestos y la asignación de creditos presupuestales, a mecanismos en que los usuarios debemos pagar por el uso de bienes de dominio publico, la prestación de servicios o el cumplimiento de funciones administrativas que antes recibiamos "gratuitamente". En tanto agentes maximizadores de nuestros recursos, nos resistimos a pagar por cualquier cosa que antes recibíamos sin desembolsar un cobre; sin embargo, nuestras resistencias suelen vencerse cuando percibimos que producto de nuestro pago recibimos mejores bienes o servicios.

Si existe un ámbito en el cual la imposición de tarifas se ha cuestionado últimamente, este ha sido el correspondiente al uso de infraestructura vial. ¿Quién no ha escuchado furiosas críticas sobre los peajes que se cobran en la carretera Panamericana Sur o en la avenida Elmer Faucett? No es objeto de estas líneas defender dichos cobros en cuanto a su oportunidad y montos, sin embargo, resulta importante precisar algunas cuestiones relativas a la naturaleza y cobro del peaje.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que el cobro del peaje puede ser realizado: (i) directamente por la Administración; o, (ii) por un agente privado en el marco de un contrato de concesión. En el primer caso, nuestra legislación ha determinado que dicho cobro tenga naturaleza de tributo, específicamente la subespecie de tasa derecho, en aplicación de lo dispuesto por el artículo II del Titulo Preliminar del Codigo Tributario. En efecto, según dicha norma los derechos "son tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos". Por otro lado, cuando el cobro lo realiza un concesionario de infraestructura pública, el peaje no constituye un tributo sino simplemente la retribución por "un servicio" que se presta al usuario, según lo dispuesto por la Segunda Disposición Transitoria y Final del Decreto Supremo 064-200-EF.

Esta distincion resulta sumamente relevante. Así, mientras que los peajes – tasas deben sujetarse a las formalidades y condicionamientos de la potestad tributaria, los peajes retribución son simples precios regulados por el contrato de concesión y la normativa relativa a la regulacion de infraestructura pública, los cuales, incluso, están gravados por tributos como el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal. Ahora bien, ¿cuál es el motivo de esta distinción? ¿Cobrar impuestos a las ganancias de los concesionarios, los cuales indirectamente serian pagados por los ciudadanos? No nos adelantamos en estas breves líneas a dar una respuesta, sin embargo, debemos indicar que, a diferencia de lo establecido por nuestro legislador, a nivel comparado y doctrinal los ingresos que percibe la Administración por el uso de bienes de dominio público, si bien son considerados recursos públicos, no son catalogados como tributarios, sino que se derivan de la denominada potestad tarifaria del Estado.

Una segunda cuestión que queremos abordar, es la relativa la posibilidad de que el concesionario cobre peaje desde el momento de inicio de una concesión de infraestructura vial. No han sido pocas las voces que se han alzado señalando que un cobro de esta naturaleza supone un acto, cuando menos inapropiado, pues permite al agente privado realizar la obra con el dinero de los usuarios, es decir, el concesionario no invierte recursos propios sino que va "haciendo caja" con cobros por peaje, lo que le permite luego afrontar sus compromisos de inversion.

Al respecto, debemos indicar que, en principio, el cobro de peaje desde el inicio de una concesión no tiene que ser una decisión cuestionable. Así por ejemplo, en un esquema concesional del tipo Construcción-Operacion-Transferencia (BOT) suele ocurrir que durante los primeros años del contrato (o por determinados periodos) se requiere un alto nivel de inversión para la construccion o reparacion de los tramos viales, mientras que el resto de concesión solo se realizan inversiones menores para el mantenimiento y conservación de la infraestructura. En contrapartida, suele suceder que la recaudación por peaje si bien puede incrementarse con el tiempo, debido a la mejora de la via y el desarrollo económico generado por ésta, siempre está muy por debajo de los niveles de la inversión ejecutados por el concesionario durante el periodo intensivo de construcción. El momento en que el inversionista realmente recupera su inversión, incluyendo el costo del dinero en el tiempo, se alcanza luego de ejecutada buena parte del contrato. Luego de dicho punto el concesionario empieza a percibir las justificadas utilidades de su inversión.

No debemos olvidar que la entrega de concesión para la construcción, explotación, mantenimiento y/o conservación de una vía se realiza porque la Administración no cuenta con recursos para ejecutar dicha acción o, teniéndolos, debe orientar su gasto de capital a otros fines prioritarios. Es una decisión relativa al costo de oportunidad consistente en, por un lado, no ejecutar la obra por falta de recursos o asumir la construcción y gestión directa de la infraestructura dejando de atender otras necesidades y, por el otro, recurrir a un tercero para dichos fines, permitiendo que éste obtenga cierta rentabilidad por dicha inversión.

Finalmente, no queremos dejar de plantear un asunto que resulta de sumo interés en materia de cobro de peajes, cual es el excedente recaudado sea por la Administración o el concesionario. Los peajes no deben ser mecanismos de redistribución, pues para ello ya existen los impuestos, por lo que su cobro se debe destinar a construir, reparar, mantener y/o conservar una vía. En otras palabras, los peajes no deberían servir para financiar otras actividades de la Administración distintas a las mencionadas precedentemente. Ahora bien, cabe preguntarnos si el cobro del peaje por una via determinada puede servir para construir, reparar, mantener y/o conservar otras calles, avenidas o carreteras. ¿El peaje que pagamos debe servir como bolsa para arreglar otras rutas de nuestra ciudad o de nuestro pais por las que nunca transitaremos? Lo cierto es que, en la actualidad, este último aspecto no es cuestionado por la Administración, ya que, por ejemplo, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones con los excedentes de lo recaudado por peaje en determinadas carreteras gestionadas directamente o con el producto de la retribución pagada por los concesionarios, efectúa inversiones en la red vial nacional.

De Observancia Obligatoria

Más sobre el control de constitucionalidad de las resoluciones judiciales

Giovanni Priori

No es la primera vez que dedicamos unas líneas a comentar en *Enfoque* acerca de resoluciones del Tribunal Constitucional referidas al control de constitucionalidad de resoluciones judiciales. La tendencia que ha seguido el Tribunal Constitucional en este tema ha sido creciente, en el sentido de incrementar no solo el objeto del control, sino también los casos en los que puede hacerlo, al punto de llegar a crear un recurso especial para revisar las resoluciones judiciales dictadas en un proceso de amparo, el llamado recurso de agravio constitucional a favor del precedente.

En efecto, conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional, a pesar de lo señalado expresamente en la Constitución, dicho órgano jurisdiccional puede conocer del recurso de agravio constitucional contra las resoluciones dictadas por el Poder Judicial, a pesar de que declaren fundada la demanda.

Recientemente, el 2 de octubre de 2007 el Tribunal Constitucional ha sacado una nueva resolución, resolviendo un recurso de queja (Q-168-2007), en el que establece un nuevo alcance al contenido del recurso de queja. Como se sabe, el recurso de queja es un medio impugnatorio que sirve de garantía para la protección del derecho al recurso previsto en la ley, de forma tal que si una de las partes interpone un recurso establecido en la ley ante el órgano que dictó la resolución que se impugna, y dicho órgano, en ejercicio de sus competencias, decide denegar ese medio impugnatorio, por considerar que no cumple con los requisitos de admisibilidad o de procedencia establecidos en la ley, procede la interposición del recurso de queja, para que el órgano superior, es decir, a quien le correspondería efectuar la revisión de la resolución impugnada, revise si la denegatoria del medio impugnatorio ha sido conforme a ley o no. De esta manera se impide que sea el propio órgano jurisdiccional que dictó la resolución a revisar que sea el que en última instancia revise la procedencia del recurso contra su decisión.

Ese es el mismo contenido que el artículo 19 del Código Procesal Constitucional confiere al recurso de queja por denegatoria de recurso de agravio constitucional. Sin embargo, en la resolución bajo comentario el Tribunal Constitucional ha establecido que: "una interpretación literal de dicha disposición puede generar en el actual contexto de desarrollo jurisprudencial de la justicia constitucional algunas distorsiones en la interpretación y defensa de los derechos constitucionales que corresponden a la etapa de ejecución de sentencia, y que en última instancia debe tutelar el Tribunal Constitucional conforme al artículo 201º de la Constitución y al artículo 1º de su propia Ley Orgánica (Ley N.º 28301)".

De esta manera, el Tribunal Constitucional inicia su análisis para determinar que el recurso de queja también procede en todos aquellos casos en los cuales se presente una situación de incumplimiento de la sentencia. Debe quedar señalado no solo que ese recurso que ahora el Tribunal Constitucional crea no está previsto, sino que la irregularidad antes denunciada tampoco está considerada como una hipótesis pasible de ser denunciada por el recurso de queja. A pesar de ello, el Tribunal Constitucional sostiene que: "este Colegiado no puede permanecer indiferente ante los supuestos de incumplimiento de lo dispuesto en sus sentencias o de su ejecución defectuosa, que termina virtualmente modificando la decisión, frente a estas situaciones debería habilitarse la procedencia del recurso de agravio constitucional. Esto porque la invocación de tales vulneraciones requieren siempre de una verificación por el Tribunal, donde puedan acreditarse los alegatos escuchando al órgano judicial emplazado y permitiendo, al propio tiempo, una afirmación de su decisión por parte del Tribunal Constitucional.".

Por ello, el Tribunal Constitucional ha establecido las siguientes reglas:

"Primero. El recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional tiene como finalidad restablecer el orden jurídico constitucional, el mismo que ha sido preservado mediante sentencia estimatoria del Tribunal en el trámite de un proceso constitucional.

Segundo. El Tribunal resolverá así en instancia final para el restablecimiento del orden constitucional que resultó violado con la decisión del juez de ejecución, devolviendo lo actuado para que la instancia correspondiente de estricto cumplimiento a lo declarado por el Tribunal Constitucional, en lo que se refiere al alcance y el sentido del principio de la eficaz ejecución de sus sentencias en sus propios términos.

Tercero. El órgano judicial correspondiente se limitará a admitir el recurso de agravio constitucional, y corresponderá a este Colegiado dentro del mismo proceso constitucional, valorar el grado de incumplimiento de sus sentencias, cuando son desvirtuadas o alteradas de manera manifiesta en su fase de ejecución. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se refiere el artículo 19º del CPConst."

Hoy pues, tenemos otro recurso, nuevamente creado por imperio de la fuerza vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional. Otra vez, nuestro Tribunal Constitucional, legislando.

Bajo la Lupa

Fuera del Radar

Víctor Aspíllaga

Alumno de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

En los últimos meses, todos hemos seguido a través de los medios de comunicación el camino a la firma del tratado de libre comercio (TLC) con Estados Unidos. Finalmente, tras muchas críticas de los partidos políticos de la oposición, incluso con una inminente acción de inconstitucionalidad promovida por uno de estos, todo indica que nuestro TLC entraría en vigencia en el 2009. Muchas son las hipótesis que se dan sobre la reacción de nuestra creciente economía ante esto, sobre todo luego de la rebaja de aranceles impuesta por el Ministerio de Economía que ha terminado por acercar el nivel de exportaciones al de importaciones, el cual venía superando a este último ampliamente.

El tema que más concierne a los críticos, es que la producción de la micro y pequeña empresa (MYPE) sea superada por los productos importados, muchos de estos subsidiados por su gobierno de origen. A esto se suma el tema de la informalidad de estas MYPEs, que operan "fuera del radar", no integrando ni el régimen tributario ni otorgando a sus trabajadores los beneficios de un régimen laboral legal. Otro tema es el ya tratado por el Presidente de la República en su comentado artículo "El síndrome del perro del hortelano", donde trataba el tema de la titularización de propiedades y la explotación de las tierras de nadie. García denuncia que las antiguas ideologías del contismo ahora disfrazadas de ONG's ambientalistas evitan la adecuada y necesaria explotación de los recursos naturales en nuestro país.

Estas críticas al TLC vienen tratando de ser superadas por el gobierno gracias a iniciativas legislativas de nuestros ministerios. Sobre las MYPEs, ya hay una iniciativa de reforma laboral que extiende el concepto de MYPEs a empresas que vendan hasta US $3,5 millones, generando que más empresas y trabajadores se beneficien por un menor costo del despido, evitando así las distorsiones del mercado laboral (todas las formas de evasión de planilla). Esta iniciativa ayudará a la formalización, junto a otros proyectos que buscan reducir el impuesto a la renta cuando se reinvierten utilidades en bienes de capital y otro para la reinversión social. Es al fin y al cabo una flexibilización en los vigentes regímenes laborales y tributarios los que lograrán formalizar a toda esta masa de potenciales contribuyentes tributarios y beneficiarios del TLC.

Es necesario por último, corresponder legislativamente las propuestas de nuestro presidente, de titularizar las tierras y evitar la explotación ilegal de nuestros recursos naturales, rechazando las antiguas ideologías ahora disfrazadas, que propugnan más de lo mismo, persiguiendo intereses contrarios al desarrollo. En conclusión, es integrando al país como aprovecharemos este TLC y todos los que le seguirán. Todas las empresas informales, así como el mismo Estado, deberían recordar que según la Constitución, el Estado está para servir al pueblo, una tarea muy difícil, si operan fuera del radar.

THĒMIS
Revista de Derecho



Finanzas Corporativas

54
edición

THEMIS - 2do piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Teléfono: 626-2000 anexo 5391 Fax: 271-4342 themis@pucp.edu.pe

CONCURSO DE ARTÍCULOS

HAY OTRAS FORMAS DE DECIRLO

enfoque@revistathemis.com

El artículo deberá tratar un tema de actualidad y tener un máxima de 450 palabras
Fecha de entrega de artículas: día 18 de cada mes